



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

FLORE

Repository istituzionale dell'Università degli Studi di Firenze

Diritti sociali e giustizia civile: eredità storica e prospettive di tutela collettiva

Questa è la Versione finale referata (Post print/Accepted manuscript) della seguente pubblicazione:

Original Citation:

Diritti sociali e giustizia civile: eredità storica e prospettive di tutela collettiva / R. Caponi. - In: RIVISTA GIURIDICA DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE. - ISSN 0392-7229. - STAMPA. - LXIII:(2012), pp. 103-123.

Availability:

This version is available at: 2158/629488 since:

Terms of use:

Open Access

La pubblicazione è resa disponibile sotto le norme e i termini della licenza di deposito, secondo quanto stabilito dalla Policy per l'accesso aperto dell'Università degli Studi di Firenze (<https://www.sba.unifi.it/upload/policy-oa-2016-1.pdf>)

Publisher copyright claim:

(Article begins on next page)

RIVISTA GIURIDICA DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE

*Fondata da Aurelio Becca e da Ugo Natoli
già diretta da Luciano Ventura e da Giorgio Ghezzi*

ANNO LXIII - 2012 - N. 1

*Trimestrale
gennaio-marzo 2012*

F. FABBRI, IN RICORDO DI UGO SPAGNOLI

Il tema

I DIRITTI SOCIALI FONDAMENTALI NELL'UNIONE EUROPEA
Contributi di: **B. VENEZIANI**, **L. PENNACCHI**, **U. VILLANI**,
G. BRONZINI, **S. GIUBBONI**, **R. CAPONI**

Saggi

D. IZZI, CGUE E LE DISCRIMINAZIONI PER ETÀ **M. AIMO**, CGUE E IL LAVORO
NON STANDARD **M. RANIERI**, DIRETTIVE ANTIDISCRIMINATORIE E CGUE

Osservatorio della legislazione europea

M. D'ONGHIA, IL T.U. SULL'APPRENDISTATO

Giurisprudenza

Il caso: **A. LASSANDARI**, IL GIUDICE «EQUILIBRISTA» TRA FIOM E FIAT

L. MENGHINI, SULL'INDENNITÀ EX ART. 32, L. N. 183/10 **O. BONARDI**,
SULLA SOMMINISTRAZIONE INVALIDA **E. GRAGNOLI**, LICENZIAMENTI COLLETTIVI
E INTERPRETAZIONE DEI CCNL **M. BARBIERI**, IL CASO MELFI
R. NUNIN, SULLE PRESTAZIONI ASSISTENZIALI TERRITORIALI

ANNO LXIII - 2012 - N. 1 - RIVISTA GIURIDICA DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE



EDIESSE

33 euro

ISSN 0392 - 7229

Tariffa R.O.C. - Poste Italiane S.p.A. - Spedizione in Abbonamento Postale
D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Roma



EDIESSE

Remo Caponi (*)

DIRITTI SOCIALI E GIUSTIZIA CIVILE: EREDITÀ STORICA
E PROSPETTIVE DI TUTELA COLLETTIVA (**)

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Giusnaturalismo e processo civile. — 3. Dottrina tedesca degli inizi del XIX secolo. — 4. Alleanza con il potere politico. — 5. Ruolo degli orientamenti pubblicistici della scienza del processo. — 6. Giusto processo civile. — 7. Nozione di tutela collettiva. — 8. Interessi «superindividuali». — 9. Esperienze italiana e tedesca a confronto. — 10. Condotte immediatamente lesive solo di un bene superindividuale. — 11. Azione delle associazioni. — 12. Attuazione del diritto oggettivo o diritti soggettivi collettivi? — 13. Collettività come soggetto giuridico. — 14. Interessi individuali «omogenei». — 15. Azioni seriali. — 16. Ruolo dell'avvocato e ruolo del giudice. — 17. Canone di proporzionalità. — 18. Osservazioni conclusive.

1. — *Premessa* — Si insegna agli studenti fin dalla prima lezione di procedura civile il pilastro su cui si erige l'attuale esperienza processuale: la giustificazione del processo civile risiede nel divieto di farsi ragione da sé, nel divieto di autotutela privata. In presenza di tale divieto, sarebbe incompleto un ordinamento che si limitasse ad affermare con una norma di diritto sostanziale la protezione di un interesse umano meritevole di tutela, senza predisporre con una norma processuale rimedi idonei ad attuare il diritto in caso di violazione. Un simile ordinamento non garantirebbe l'attuazione del diritto proprio nel momento in cui questo è più bisognoso di tutela e affiderebbe la risoluzione dei conflitti di interesse non ai criteri di giustizia ricavati dalle norme giuridiche, ma ai rapporti di forza tra i soggetti (1).

La strumentalità del processo nei confronti del diritto sostanziale è sottoposta a una vera e propria «prova del fuoco», quando si tratta dell'attuazione giurisdizionale di diritti sociali, riconosciuti come tali dalla legislazio-

ordinario di diritto processuale civile
(*) Professore associato di Diritto del lavoro nell'Università di Torino. Firenze

(**) Testo scritto della relazione al convegno «I diritti sociali dopo il Trattato di Lisbona», in ricordo di Massimo Roccella, organizzato dalla Cgil presso il Cnel, 14 giugno 2011.

(1) Così, per tutti, A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2010.

ne, ma rimasti sulla carta per l'inadempimento dei soggetti obbligati. Ciò accade perché le strutture fondamentali della giustizia civile negli Stati dell'Europa continentale, dalla legittimazione ad agire in giudizio fino ai limiti soggettivi di efficacia della sentenza, recano ancora oggi notevoli tracce della sua fase di fondazione, che non è tanto quella della seconda metà del XIX secolo in Germania, quando il diritto processuale civile conquista la propria autonomia rispetto alle altre branche del diritto (2). La fase di fondazione è piuttosto quella che si svolge in precedenza, sulla base del pensiero giusnaturalista (3), in cui si costruisce un processo civile idoneo a proteggere il nuovo individuo borghese e la sua libertà economica, in una prospettiva individualistica e frammentata dei rapporti sociali, che entrano nel processo come uno o più rapporti interindividuali. Un processo civile che sarà per lungo tempo difficilmente in grado di ambientare al suo interno controversie che hanno dimensioni collettive, anche quando l'evoluzione della realtà sociale ed economica li presenterà prepotentemente, a partire dalla seconda metà del XIX secolo, alla ribalta della storia.

Alla dimostrazione di questo assunto è rivolta la prima parte di questo saggio, rivolta alla storia (4).

2. — *Giusnaturalismo e processo civile* — Le fondamenta del divieto di autotutela vengono poste dagli esordi della ideologia giusnaturalista nel XVII secolo, nella prospettiva del superamento dello *status naturalis* nello *status civilis*. Nello stato di natura non esistono giudici dotati di potere co-

(2) Facciamo riferimento alla vicenda — dischiusa dallo studio di B. Windscheid, *Die actio des römischen Zivilrechts*, Düsseldorf, 1856 — in cui si procede alla costruzione del diritto di azione come situazione giuridica soggettiva indipendente dal diritto sostanziale.

(3) In proposito, fondamentale è lo studio di K.W. Nörr, *Naturrecht und Zivilprozess, Studien zur Geschichte d. dt. Zivilprozessrechts während d. Naturrechtsperiode bis zum beginnenden 19. Jh.*, Tübingen, 1976, pp. 3 ss., p. 48, cui siamo debitori delle indicazioni delle fonti storiche impiegate nelle note immediatamente successive.

(4) Sono convinto, con Pietro Barcellona, che «è un paradosso, infatti, che la letteratura giuridica più diffusa, mentre proclama continuamente il proprio carattere innovativo, dimentica poi di confrontarsi con le vicende storiche, che sole permettono di stabilire quanto c'è di veramente nuovo e quanto, invece, rappresenta soltanto la maturazione di logiche evolutive implicate negli stessi presupposti teorico-pratici del diritto moderno. Spesso il "nuovismo" è solo l'alibi per discorsi approssimativi e superficiali che non colgono la spessa e dura stratificazione di concetti e pratiche che sono alla base dell'attuale configurazione degli istituti del diritto privato». Così, P. Barcellona, in P. Barcellona, C. Camardi, *Le istituzioni del diritto privato contemporaneo*, Napoli, 2002, p. XIII. Il discorso vale, quasi a fortiori, per la giustizia civile.

ercitivo al fine di comporre le controversie: *iudex non datur, qui lites exortas pro imperio definiat et componat* (5). In tale stato si deve far ricorso all'autotutela, cosicché la controversia può sfociare nel *bellum privatum* (6). Dopo la stipula del contratto sociale e l'istituzione dello Stato, l'esercizio della giurisdizione viene assegnato da Hobbes al *summum imperium* (7) e collocato da Pufendorf accanto al potere legislativo, nonché alla potestà punitiva (8).

Nonostante le sfumature di diversità dei percorsi argomentativi seguiti dai pensatori giusnaturalisti, il punto d'arrivo è, su questo punto, comune: la giurisdizione nelle controversie civili è affidata alla potestà dello Stato; essa sostituisce in via di principio l'autotutela; il giudice prende il posto della parte che si fa giustizia da sé; la disciplina del processo civile viene essenzialmente e fondamentalmente ancorata all'interno dello *ius publicum* (9).

Caratteristica saliente delle correnti del giusnaturalismo (e dell'illuminismo giuridico nel XVIII secolo), è l'esaltazione dell'individuo e della sua libertà. Sotto questa spinta ideologica si vogliono far coincidere lo *status hominis naturalis* e lo *status hominis civilis*, cioè la nozione di uomo come dato naturalistico e la nozione di persona come dato giuridico, «sostenendosi che ogni uomo sarebbe di per sé — in quanto tale — portatore di "diritti soggettivi", tutti rapportabili alla sua "potestà di volere", elevata a contrassegno naturale della sua personalità e a elemento motore dei rapporti giuridici a lui facenti capo» (10): essenzialmente rapporti giuridici interindividuali.

(5) Così, S. Pufendorf, *De Jure Naturae Et Gentium*, ed. G. Mascovius, Frankfurt e Leipzig, 1759 (rist. 1967, tomo I), libro V, cap. XIII, *De modo litigandi in libertate naturali*, par. II, pp. 843 s.

(6) Così, U. Grozio, *De jure belli ac pacis*, Lugduni Batavorum, 1939, libro I, cap. III, pp. 89 s., sulla distinzione tra *bellum publicum* e *bellum privatum*. Seguito successivamente su questo punto da Pufendorf, egli indica tre modi per evitare questo esito: il colloquio, il ricorso consensuale a un arbitro, la sorte (U. Grozio, *op. cit.*, libro II, cap. XXIII, pp. 569 ss).

(7) Cfr. T. Hobbes, *De cive*, ed. H. Warrender, Oxford, 1983, cap. 6, par. 8.

(8) Cfr. S. Pufendorf, *De Jure Naturae Et Gentium*, cit., tomo II, libro 7, cap. 4, par. 4.

(9) Queste proposizioni si ritrovano espressione nell'opera di J.H. Boehmer, *Introductio in ius publicum universale, ex genuinis iuris naturae principis deductum et in usum iuris publici particularis quarum cunque rerum publicarum adornatum*, Halae Magdeburgicae, 1710, pp. 499 ss. Il brano è riportato da K.W. Nörr, *Naturrecht und Zivilprozess...*, cit., pp. 54 ss.

(10) Così, R. Orestano, «Persona» e «Persone giuridiche» nell'età moderna, ora in *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Bologna, 1978, pp. 193 ss., p. 203.

3. — *Dottrina tedesca degli inizi del XIX secolo* — Lasciato cadere il richiamo a un preteso fondamento insistente sulla *Natur der Sache*, questo assunto è fatto proprio dalle riflessioni della dottrina tedesca degli inizi del XIX secolo, che è impegnata ad accogliere i risultati della riflessione giusnaturalista, inserendoli in un quadro di rinnovato confronto con la tradizione letteraria del diritto comune e con le fonti di diritto positivo. Si leggano, per esempio, le parole di Christoph Martin: «ogni civile perseguimento del diritto è occasionato da una controversia giuridica e consiste nello sforzo di far valere il diritto contestato, anche contro la volontà dell'avversario, eventualmente con la costrizione. In sé sarebbe possibile raggiungere questo scopo anche per mezzo dell'esercizio del proprio potere; ma per la Germania questa possibilità è venuta meno in via di principio attraverso il divieto di autotutela, e questo divieto, vigente perfino in ipotesi di danneggiamento, è stato rafforzato attraverso comminatoria penale» (11).

In questa fase lo studio della tutela giudiziaria dei diritti, sotto l'influenza anche della filosofia kantiana, è attratta dal polo del diritto privato (12).

Due sono principalmente gli aspetti in cui questo orientamento si manifesta: il discorso relativo allo scopo del processo; l'elaborazione dei principi fondamentali del processo, le cosiddette *Prozeßmaximen*.

Per quanto riguarda il primo aspetto, il fatto che la giustificazione del processo civile risieda nel divieto di farsi ragione da sé non dice ancora nulla sullo scopo del processo. Il problema non è oggetto di particolari approfondimenti nella fase iniziale del pensiero giusnaturalista: si sostiene che il processo civile serva sia all'individuo, che allo Stato (13). Nel corso del tempo si fa strada l'idea che il processo serva esclusivamente all'attuazione dei diritti dell'individuo. Questa tesi è sostenuta con decisione da Karl Grolman, nel quadro di un manuale destinato a fare «epoca nella storia della formazione della teoria processuale come scienza» (14), per la sua capacità di mettere a frutto il metodo giusnaturalista, nell'offrire un'esposizione sistematica del processo civile che non esita a muovere da una vera e propria

(11) Le parole tra virgolette nel testo sono tratte da un'opera di un contemporaneo: C. Martin, *Lehrbuch des deutschen gemeinen bürgerlichen Processes*, VI ed., Göttingen, 1819, pp. 10 s.

(12) Sull'influenza della filosofia di I. Kant sul diritto privato tedesco del secolo XIX, v. Kiefner, *Der Einfluß Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert*, in *Philosophie und Rechtswissenschaft*, Frankfurt am Main, 1969, pp. 3 ss.

(13) Cfr. le fonti indicate da F. Bomsdorf, *Prozeßmaximen und Rechtswirklichkeit*, cit., pp. 109 ss.

(14) Così, C. Martin *Lehrbuch des deutschen gemeinen bürgerlichen Processes*, Göttingen, 1819, p. VII, ma il giudizio è condiviso anche da K.W. Nörr, *Naturrecht und Zivilprozess...*, cit., p. 43.

parte generale (15). Dallo scopo del processo, inteso come attuazione dei diritti dell'individuo, Grolman fa discendere le regole processuali, se del caso con l'aiuto della dottrina del diritto naturale, laddove il diritto positivo non coincida con le regole così elaborate. È opportuno dargli per un momento la parola: «poiché ogni cittadino può disporre dei propri diritti secondo libero arbitrio, poiché ciascuno può, in tutto o in parte, sacrificare il proprio diritto, lo Stato deve proteggere solo ciò che questi riconosca effettivamente come proprio e che questi gli richieda di proteggere. Lo scopo finale del procedimento giurisdizionale ottiene con ciò una determinazione più precisa: che sia protetto ciò che ogni cittadino vuol considerare come proprio, non appena sia chiaro che ciò effettivamente sia suo» (16). Sono parole di una chiarezza cristallina nel porre il processo civile al servizio esclusivo dei diritti individuali: un processo che anche nella sua disciplina interna debba corrispondere agli interessi individuali delle parti.

Un altro snodo fondamentale in questo orientamento, anche per l'influenza che esso avrà nei successivi sviluppi dottrinali e legislativi, è rappresentato dalla formulazione dei due principi fondamentali del processo: la *Verhandlungsmaxime* e la *Untersuchungsmaxime*, attraverso l'opera di Nikolaus Thaddäus von Gönner (17). Nella concezione originaria proposta da questo studioso, l'elaborazione della *Verhandlungsmaxime* presenta due aspetti. Il primo consiste nella valorizzazione del brocardo di diritto comune *nemo iudex sine actore* (18). Il secondo consiste nell'estensione del divieto di iniziative d'ufficio, in via di principio, a tutto il corso del processo (19). È la dogmatica al servizio dell'ideologia.

(15) Cfr. K. Grolman, *Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nach den gemeinen deutschen Gesetzen*, Giessen, 1800, pp. 22 s.

(16) Così, K. Grolman, *Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nach den gemeinen deutschen Gesetzen*, cit., par. 78, p. 103.

(17) N.T. von Gönner, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, I, II ed., Erlangen, 1804, cap. VIII, pp. 175 ss. Su quest'opera v. Bomsdorf, *Prozeßmaximen und Rechtswirklichkeit*, cit., pp. 121 ss.; K.W. Nörr, *Naturrecht und Zivilprozess...*, cit., pp. 43 ss.

(18) Cfr. N.T. von Gönner, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, I, cit., p. 180: «l'azione (*Klage*) è [...] una componente essenziale di ogni processo, e la massima "dove non c'è attore, non c'è giudice" è una verità immodificabile per ogni possibile ordinamento processuale».

(19) Cfr. N.T. von Gönner, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, I, cit., pp. 182 s.: «in tutte le parti del procedimento si muove dalla massima che ogni cittadino può disporre dei propri diritti secondo libero arbitrio, e da ciò si desume la conseguenza che lo Stato tutela solo quando la tutela sia richiesta; [che esso tutela] solo ciò che viene affermato come proprio; [che esso tutela] solo nel modo in cui gli si richiede di tutelare; e che il giudice si serve solo di quegli strumenti, attraverso i quali si

I precedenti due secoli di elaborazione dottrinale lasciano in eredità l'inserimento del processo civile nella cornice dello *ius publicum*, poiché il potere statale si sostituisce all'autotutela privata, ma in primo piano si staglia l'oggetto della controversia, i diritti privati delle parti, sulla nuova base offerta dalle nozioni di libertà e di libero arbitrio tratte dalla filosofia di Kant (20).

L'azione dei soggetti nel processo si profila essenzialmente come una mera continuazione, in un altro ambiente e con altri mezzi, dei rapporti privati (21).

4. — *Alleanza con il potere politico* — L'impianto ideologico teso a esaltare gli attributi dell'individuo e la sua libertà non avrebbe potuto conseguire il suo durevole successo se non avesse cercato e trovato un alleato nel potere politico, in una figura idealizzata di Principe, chiamato a leggere la natura delle cose e a tradurla in regole per la nuova società composta di soggetti formalmente liberi e uguali. Questo impianto non avrebbe potuto conseguire il suo durevole successo se poi la nuova classe borghese il potere politico non lo avesse direttamente conquistato.

In questo quadro, l'art. 7 della *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* del 26 agosto 1789 prevede che «nessuno può essere accusato, arrestato o detenuto se non nei casi determinati dalla legge e secondo le for-

vuol conseguire il riconoscimento del proprio diritto. Qui il principio secondo il quale non vi è alcun procedimento d'ufficio nelle controversie civili (*iudex ex officio non procedit*) è efficace non solo con riguardo all'inizio della controversia, bensì costituisce la massima generale per tutte le parti dell'intero procedimento, dall'inizio della controversia fino alla sua conclusione [...]. Niente *ex officio* è qui la massima generale [...] che si può denominare massima della trattazione (*Verhandlungsmaxime*), poiché tutto dipende dalle allegazioni delle parti, ovvero dalle loro trattative».

L'applicazione della regola *iudex ex officio non procedit* a tutto il corso del processo non è tuttavia necessitata, poiché Gönner ritiene legittima anche la *Untersuchungsmaxime*, che si realizza quando lo Stato, nel caso in cui la parte lesa reclami la sua protezione, fa ricorso immediatamente «ai mezzi, senza i quali questo scopo non può essere preso in considerazione [...]». Dopo la proposizione dell'azione, qui succede tutto d'ufficio; questa è la massima generale che in questo processo vale per l'intero procedimento, in tutte le sue parti, a parte poche eccezioni; qui tutto segue la strada di una inquisizione giudiziale, per cui la si può denominare massima dell'inquisizione (*Untersuchungsmaxime*): così, N.T. von Gönner, *op. cit.*, p. 184.

(20) Cfr. K.W. Nörr, *Naturrecht und Zivilprozess*, cit., p. 48.

(21) Così, K.W. Nörr, *Zur historischen Schule im Zivilprozess und Aktienrecht*, in *Tradition und Fortschritt im Recht*, Scritti in onore della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Tübingen, Tübingen, 1977, pp. 73 ss., ora in *Iudicium est actus trium personarum*, Goldbach, 1993, pp. 155 ss. Cfr. anche M. Damaska, *I volti della giustizia e del potere*, Bologna, 1991, p. 343.

me da essa prescritte» (22). La garanzia del giusto processo — sulla scorta dell'art. 39 della *Magna Charta Libertatum* — è delineata essenzialmente come un diritto di libertà negativa, da atti restrittivi della libertà o di beni fondamentali dell'individuo compiuti dall'autorità. Tuttavia, nello stesso art. 7 della dichiarazione del 1789 l'uomo veste immediatamente i panni del cittadino, chiamato a sottostare al primato della legge: «ogni cittadino citato o arrestato ai sensi della legge deve obbedire all'istante», altrimenti egli si rende colpevole di resistenza. Al fondo vi è l'idea del contratto sociale nella versione di Jean Jacques Rousseau: con esso i soggetti «creano un "io comune", un corpo sovrano di cui essi sono le parti indivisibili [...]». Per realizzare l'io comune occorre che ciascun soggetto alieni tutti i suoi diritti e poteri alla comunità [...]. L'individuo perde la sua «libertà naturale», ma acquista la sua «libertà civile» [...]. Le esigenze auto conservative, i diritti e i poteri naturali del singolo vengono non già cancellati o assorbiti dalla *cit*, ma rafforzati perché trasformati in diritti civili» (23).

La libertà individuale esaltata dal giusnaturalismo nel XVII secolo è chiamata a intrecciarsi con l'appartenenza dell'individuo al corpo politico (24), in un rapporto non esente da tensione: se è vero infatti che «lo scopo di ogni organizzazione politica è la conservazione dei diritti naturali e inalienabili dell'uomo» (art. 2), è altrettanto vero che «il principio di ogni sovranità risiede essenzialmente nella nazione». Nessuna associazione, né individuo può esercitare un'autorità che non deriva espressamente da essa (art. 3): «è la nazione sovrana dunque che provvede con la legge ad attribuire ai diritti la forza di cui essi in stato di natura sono sprovvisti» (25). Al fondo delle cose, si tratta di un'antinomia: la «più grossa e ingombrante antinomia della cultura giuridica moderna» (26).

5. — *Ruolo degli orientamenti pubblicistici della scienza del processo* — Gli «orientamenti pubblicistici» della scienza del processo, che maturano in conseguenza della fase apertasi in Germania nella seconda metà del XIX secolo non spostano questo equilibrio. Tra la fine del secolo XIX e i primi decenni del XX secolo studiosi tedeschi e italiani elaborano l'azio-

(22) Testo in francese: «Nul homme ne peut être accusé, arrêté ou détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites...».

(23) Così, P. Costa, *Cittadinanza*, Bari, 2005, p. 42-44.

(24) Secondo gli ideali di J.J. Rousseau, *Il contratto sociale* (1762), in Idem, *Scritti politici*, a cura di M. Garin, vol. II, Bari, 1971.

(25) Così, P. Costa, *Cittadinanza*, Bari, 2005, p. 51.

(26) Così, P. Grossi, *Scienza giuridica italiana*, Milano, 2000, p. 5.

ne come categoria generale atipica, cioè come situazione giuridica soggettiva processuale che ha per presupposto l'affermazione del soggetto di essere titolare di un diritto sostanziale, riconosciuto come tale dall'ordinamento, e per contenuto la possibilità di ricorrere alla tutela giurisdizionale civile predisposta dallo Stato, senza la necessità di prevedere norme che ricolleghino il diritto di agire in giudizio a ciascun singolo diritto (o a ciascuna singola categoria di diritti) e/o a ciascuna singola violazione (o a ciascuna singola categoria di violazioni).

Questa teoria tende ad accentuare l'obbligo dello Stato di assicurare tutela giurisdizionale a tutti i diritti previsti dalle norme sostanziali. Essa ha consentito così di superare i limiti di un sistema di tutela giurisdizionale che ancora avvertiva l'influenza della tipicità delle azioni del diritto romano classico: oggi non è necessario prevedere norme processuali che colleghino il potere di agire in giudizio a ciascun diritto sostanziale o a ciascuna lesione.

Il diritto di azione è un concetto unitario e contempla al suo interno poche varianti: le azioni di cognizione (mero accertamento, condanna, azioni costitutive), le azioni esecutive, le azioni cautelari. Anche il processo è una categoria unitaria ed è idoneo a offrire tutela giurisdizionale a tutti i diritti sostanziali, indipendentemente dalle caratteristiche specifiche di questi ultimi o dei loro titolari. In sintesi, la tutela giurisdizionale si realizza secondo forme tendenzialmente unitarie e neutrali rispetto agli interessi che costituiscono la base dei singoli diritti sostanziali bisognosi di tutela.

In tal modo, il diritto di azione è, in un primo tempo, diritto di adire il giudice per ottenere una pronuncia di merito a tutela di un diritto individuale, nel contesto della concezione liberale dell'eguaglianza formale di tutti i cittadini di fronte alla legge (27).

6. — *Giusto processo civile* — Lunga e ancora incompiuta è la marcia che, muovendo da questi dati di fondo, ha condotto ad ambientare nel processo civile la tutela di diritti a dimensione collettiva, come sono i diritti sociali.

Il punto di svolta è costituito dal varo delle costituzioni democratiche nell'Europa continentale (specialmente in Italia e in Germania) dopo la seconda guerra mondiale. O meglio, la svolta è segnata dalla entrata in funzione dei meccanismi di controllo di costituzionalità delle leggi ordi-

(27) Cfr. A. Proto Pisani, *Appunti preliminari sui rapporti tra diritto sostanziale e processo*, in *Dir e giur.*, 1978, pp. 1 ss.

narie, affidate a Corti Costituzionali. Ciò ha impresso, nella tradizione giuridica continentale, una rapida e notevole evoluzione alla concezione del «giusto processo». I valori del giusto processo non sono solo quelli di affidare a un terzo indipendente, imparziale e disinteressato la giusta ed efficiente composizione di una controversia, attraverso la dichiarazione del diritto preesistente al termine di un processo a cui possono partecipare in condizione di parità, per dire e contraddire, i destinatari degli effetti dell'atto finale. I valori del giusto processo sono diventati anche quelli di garantire accesso alle Corti, nonché di mettere a disposizione un rimedio necessario, adeguato e proporzionato (in altri termini: un rimedio effettivo) al bisogno di tutela del diritto dedotto in giudizio, entro un termine ragionevole. Questi sviluppi sono passati da una fase di orgogliosa chiusura nazionalistica, sigillata da un assolutismo giuridico che coglieva nella legge statale tutto il diritto, a fasi successive, che hanno visto la moltiplicazione dei gradi di legalità (oltre a quella ordinaria, si stagliano quella costituzionale e quella sovranazionale, affidata al controllo di Corti giudiziarie). Questi sviluppi sono passati da una fase in cui la garanzia del giusto processo è configurata essenzialmente come un classico diritto di libertà negativa, e gli obblighi di prestazione a contenuto positivo sono limitati al corretto svolgimento del processo, a fasi successive, che hanno visto la garanzia del giusto processo spostarsi progressivamente verso l'area dei diritti realizzati da notevoli obblighi di prestazione da parte dello Stato, salvo il divieto di abuso del processo: l'affermazione del diritto di azione, come diritto di accesso ai Tribunali per ottenere una pronuncia di merito; poi, la conformazione che il diritto di azione, inserito fra le garanzie costituzionali, riceve dall'impegno statale a realizzare l'eguaglianza sostanziale; poi, l'istanza di effettività dei rimedi (non solo diritto alla sentenza di merito, all'esecuzione e ai provvedimenti cautelari, ma rimedi calibrati per rispondere allo specifico bisogno di tutela del diritto dedotto in giudizio); infine, l'emergere degli imperativi dell'efficienza della giustizia civile, che però non deve svuotare quest'ultima dei contenuti precedenti: se l'efficienza della composizione della singola controversia non deve perdere di vista l'efficienza nella gestione della massa dei processi, la gestione della massa dei processi non deve perdere di vista che lo scopo di ogni singolo processo civile è la giusta composizione della controversia entro un termine ragionevole.

7. — *Nozione di tutela collettiva* — Fra tutti questi aspetti, ne seleziono uno meritevole di particolare riflessione, nella prospettiva dell'attuazione dei diritti sociali: lo sviluppo di forme di tutela giurisdizionale collettiva.

va (28). Una storia a parte è quella della giustizia del lavoro. Sono convinto infatti che, se la contropartita del divieto di autotutela privata è un processo civile predisposto essenzialmente in funzione della tutela dei diritti soggettivi individuali, allora l'azione dei sindacati e il suo altalenante rapporto storico con la giustizia civile statale non possono essere concepiti come eccezioni del divieto di autotutela (e messe sullo stesso piano, per esempio, dell'inseguimento dello sciame d'api sul fondo altrui: art. 924 cod. civ.), ma come una forma alternativa di tutela (collettiva) (29). Questa storia dovrà essere raccontata in un'altra occasione.

La nozione di tutela collettiva designa due ipotesi tra loro tendenzialmente diverse: a) la tutela di un interesse effettivamente «superindividuale»; b) la tutela di interessi in realtà individuali, che rinvergono il loro carattere collettivo nel fatto di ritrovarsi con analoga consistenza in capo a più soggetti (interessi individuali «omogenei» o «isomorfi»).

Nella ipotesi *sub a)*, l'espressione interesse «superindividuale» indica l'interesse di più soggetti verso un bene che ha una dimensione non suscettibile di appropriazione e godimento esclusivi. Esempi: la concorrenza, la correttezza nelle pratiche commerciali, l'ambiente, la salute, la sicurezza delle condizioni di lavoro. In un primo sottogruppo di casi (*a1*), il bene protetto ha anche una dimensione individuale. In un secondo sottogruppo di casi (*a2*), il bene protetto ha solo una dimensione superindividuale.

8. — *Interessi «superindividuali»* — Nel primo sottogruppo di casi (*a1*), in cui il bene protetto ha anche una dimensione individuale, come nella tutela della concorrenza o nella tutela della sicurezza nei luoghi di lavoro, la condotta illecita può aggredire e ledere contestualmente, oltre che il bene collettivo, anche il bene individuale.

Si pensi alla concorrenza. Quest'ultima è un bene a rilevanza generale in una economia di mercato e non è suscettibile di appartenenza esclusiva. Tuttavia il concreto atto di concorrenza sleale o il pericolo concreto del suo compimento comporta una lesione che può essere autonomamente apprezzata, in modo specifico e attuale, anche nella sfera individuale delle imprese direttamente concorrenti. Si giustifica così la legittimazione ad agire

(28) Questa seconda parte riprende ampiamente da R. Caponi, *Azioni collettive: interessi protetti e modelli processuali di tutela*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, pp. 1205 ss., cui rinvio per le indicazioni bibliografiche.

(29) Si veda anche l'impostazione di B. Schünemann, *Rechtshilfe im Rechtssystem*, Tübingen, 1985, che nega *de iure condito* un divieto di autotutela come correlato del monopolio statale della tutela giurisdizionale. Di conseguenza l'autotutela, se ammissibile, non rappresenta un'eccezione rispetto a un tale preteso divieto.

in via ordinaria di queste ultime, in quanto possono affermarsi titolari di una propria situazione giuridica soggettiva verso un bene, la concorrenza, che non è di appartenenza esclusiva, ma la cui lesione (o minaccia di lesione) può essere apprezzata anche specificamente (art. 2598 cod. civ.).

Nell'esperienza italiana, l'obbligo di prevenire o di eliminare gli effetti della condotta illecita che lede contemporaneamente un bene collettivo e un bene individuale è stato inserito nello schema delle obbligazioni indivisibili (art. 1316 cod. civ.), poiché la cessazione della condotta illecita soddisfa (non può non soddisfare) congiuntamente tutti gli interessati (30). Se ne desume che tali casi si prestano a essere regolati dalla disciplina delle obbligazioni solidali, con le seguenti conseguenze. Ciascuno dei soggetti interessati può chiedere (anche in via giudiziale) la cessazione della condotta illecita (art. 1319 cod. civ.), cioè un provvedimento inibitorio o di condanna a un fare (tipicamente, eliminare la fonte di pericolo). La sentenza ha una efficacia soggettiva diversa a seconda dell'esito della controversia: gli interessati che non abbiano partecipato al giudizio si giovano dell'efficacia favorevole in ipotesi di accoglimento della domanda del cointeressato attore, ma non subiscono l'efficacia sfavorevole in ipotesi di rigetto e quindi possono riproporre la domanda (art. 1306 cod. civ.). Se vengono proposte contestualmente più domande da parte di più interessati, esse sono sottoposte a una trattazione e decisione congiunta, secondo la disciplina del cd. litisconsorzio unitario (31).

L'impiego della categoria delle obbligazioni indivisibili in questa materia è una operazione interpretativa notevolmente condizionata da una precomprensione che valuta come auspicabili le due principali conseguenze applicative che discendono da questo inquadramento: l'attribuzione della legittimazione disgiunta ad agire a tutti i membri della collettività; la possibilità di invocare l'esito favorevole della controversia da parte di coloro che, fra questi ultimi, non abbiano partecipato al processo.

Questa ricostruzione imprime parzialmente al diritto delle obbligazioni un profilo funzionale diverso da quello tradizionale. La diversità rispetto a impianti più classicamente liberali è sensibile.

9. — *Esperienze italiana e tedesca a confronto* — Un significato centrale riveste in questo contesto la comparazione con l'esperienza tedesca.

(30) Il merito di aver compiuto questa operazione spetta a G. Costantino, già a partire dal suo intervento al convegno di Pavia, 11-12 giugno 1974, in cui egli espone i risultati della sua tesi di laurea. Cfr. *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, Padova, 1976.

(31) In forza dell'applicazione analogica dell'art. 2378, comma 5, cod. civ.

Quest'ultima non ricorre alla disciplina delle obbligazioni indivisibili, che pur è evidentemente presente nel codice civile (32). Fino alla recente riforma del diritto delle obbligazioni dell'inizio del nuovo millennio, il codice civile tedesco ha fondamentalmente conservato l'orientamento al modello sociale unitario a esso sotteso fin dalle sue origini: il modello della borghesia proprietaria del XIX secolo.

In questo contesto non è maturata l'idea di imprimere parzialmente al diritto delle obbligazioni un profilo funzionale diverso da quello tradizionale cui esso è deputato: la protezione di attività umane dirette a procurare beni che soddisfano bisogni individuali e specifici del singolo creditore (o di una pluralità ristretta di creditori). In altri termini, si è inconsapevolmente avvertito che la nozione di obbligazione è difficilmente compatibile con una pluralità, spesso indeterminata, di aventi diritto. Essa ha come tratto caratteristico quello di essere una relazione specifica.

Gli oltre quaranta anni di differenza di età del codice civile italiano rispetto a quello tedesco hanno recato una traccia nel suo impianto legislativo, e nella sensibilità dei suoi interpreti, in direzione di una cauta apertura del primo a una dimensione maggiormente sociale e in direzione di una previsione di più estesi vincoli all'autonomia individuale, anche a protezione di interessi di cui sono portatori una pluralità di soggetti. Basti ricordare, per trarre esempi da una materia vicina a quella che attira la nostra attenzione, l'allora innovativa disciplina delle condizioni generali di contratto (art. 1341 cod. civ.), dei contratti conclusi mediante moduli o formulari (art. 1342 cod. civ.), dell'inserzione automatica di clausole (art. 1339 cod. civ.).

In questo contesto, l'ambiente italiano ha fatto propria l'idea che l'attività doverosa a protezione dell'interesse collettivo possieda quei caratteri di specificità che ne consentono l'inquadramento nella nozione di obbligazione, e ha osservato che ciascun soggetto che rientra nella collettività più o meno determinata è portatore di quell'interesse individuale che l'attività doverosa inserita nel rapporto obbligatorio, cioè la prestazione, è diretta a soddisfare.

10. — *Condotte immediatamente lesive solo di un bene superindividuale* — Nel secondo sottogruppo di casi (a2), in cui il bene protetto ha solo una dimensione superindividuale, la condotta illecita aggredisce e lede dapprima solo il bene collettivo: l'atto di pubblicità ingannevole, l'inserimento nelle condizioni generali di contratto di clausole vessatorie, l'immissione in commercio di un prodotto pericoloso.

(32) Cfr. par. 432 Bgb.

In questi casi, da molto tempo si è posto il problema di anticipare la soglia di intervento della tutela giurisdizionale civile, rispetto al verificarsi della lesione o del pericolo di lesione del bene individuale, cioè rispetto alla stipula del contratto vessatorio, all'acquisto del prodotto pericoloso ecc.

A tal fine si è argomentato che anche la tutela degli interessi superindividuali rientranti nei casi *sub a2*), al pari di quelli *sub a1*), si presta a essere inserita nello schema delle obbligazioni indivisibili di cui all'art. 1316 cod. civ., poiché la cessazione della condotta illecita soddisfa congiuntamente tutti gli interessati (33).

Questa tesi assume che il singolo titolare dell'interesse collettivo si possa affermare titolare di un diritto individuale leso o quantomeno minacciato di lesione, in quanto tale azionabile in giudizio.

In realtà, se si intende il potere dei singoli di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti (art. 24, comma 1, Cost.) come garanzia dell'azione a tutela dei diritti a beni individuali, la condotta illecita che aggredisce e lede dapprima solo il bene collettivo non sembra offrire ancora l'occasione per l'attivazione della tutela giurisdizionale civile da parte del singolo. L'illecito non proietta immediatamente i suoi effetti pregiudizievoli sui beni individuali e non provoca pertanto quella crisi di cooperazione, apprezzabile nel contesto di uno specifico rapporto intersoggettivo, che fornisce l'occasione del ricorso alla tutela giurisdizionale dei diritti da parte dei singoli, che affermano la lesione, il pericolo di lesione, la contestazione di un proprio diritto. I diritti dei singoli sono più o meno identicamente esposti a un mero rischio di lesione, che è linea di principio irrilevante ai fini della loro azionabilità in giudizio.

Ci si trova piuttosto dinanzi a interessi affidati in via di principio, secondo la nostra tradizione istituzionale, alla cura dello Stato e della pubblica amministrazione, nella loro attività di difesa della collettività dai pericoli naturali e sociali.

Si consideri, ad esempio, l'art. 2, comma 2, del codice del consumo, nella parte in cui prevede che ai consumatori e agli utenti siano riconosciuti come fondamentali una serie di diritti. Messo da parte il diritto alla salute, che è protetto dall'art. 32 Cost. non solo come interesse della collettività, ma anche come diritto fondamentale dell'individuo, con tutta l'elaborazione che ne consegue, si trova il diritto alla sicurezza e alla qualità dei prodotti e dei servizi, a una adeguata informazione e a una corretta pubbli-

(33) Così, I. Pagni, *Tutela individuale e tutela collettiva: un'indagine sul possibile raccordo tra i rimedi*, in S. Menchini (a cura di), *Le azioni seriali*, Napoli, 2008, pp. 153 ss.

cità, all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà, all'educazione al consumo, alla correttezza, alla trasparenza e all'equità nei rapporti contrattuali, alla promozione e allo sviluppo dell'associazionismo libero, volontario e democratico tra i consumatori e gli utenti, all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza.

È il programma di intervento di un Governo che agisce nella prospettiva dello Stato sociale di diritto, non il catalogo di una serie di situazioni giuridiche soggettive individuali. Il singolo consumatore non ha un diritto soggettivo individuale alla correttezza, alla trasparenza e all'equità nei rapporti contrattuali in generale ecc. Egli ha tali diritti, nel modo e nella misura in cui gli sono attribuiti dal sistema normativo, solo in relazione allo specifico rapporto contrattuale di cui è parte. In tale veste, egli si afferma titolare di diritti. In tale veste, egli può subire una lesione o una minaccia di lesione suscettibile di essere apprezzata in modo specifico, diretto e attuale. In tale veste, egli può agire in giudizio per la tutela di un proprio diritto.

Esempi. Il singolo consumatore non può agire in giudizio per chiedere che sia inibito al professionista di impiegare clausole vessatorie fra le condizioni generali di contratto impiegate nei rapporti con i consumatori: egli non può affermare la lesione o il pericolo di lesione di un proprio diritto individuale. Il consumatore può eccepire in giudizio la nullità delle clausole vessatorie inserite nel concreto contratto da egli stipulato. Il discorso non cambia in relazione all'impiego di pratiche commerciali scorrette: tale impiego lede il singolo consumatore solo in relazione al contratto che egli sia stato indotto a stipulare a cagione di tali pratiche, altrimenti egli non può agire in giudizio, ma può sollecitare l'intervento dell'autorità amministrativa (l'autorità garante della concorrenza e del mercato) (34).

In altri termini, non difetta solo l'interesse ad agire: manca ancora prima il diritto soggettivo individuale in capo al consumatore.

11. — *Azione delle associazioni* — Entra in campo a questo punto, nell'esperienza di molti ordinamenti europei, l'attribuzione ad associazioni della legittimazione ad agire in giudizio a tutela di questi interessi superindividuali. Si tratta di associazioni che si sono affermate come enti esponenziali di tali interessi, specialmente in materia di tutela della concorrenza, dei consumatori e dell'ambiente.

(34) Così, art. 27 del Codice del consumo, così come modificato dal d.lgs. n. 146 del 2007.

È perfettamente coerente con questo impianto che, di regola, solo l'ente esponenziale, non l'individuo, abbia la legittimazione ad agire in giudizio (35). L'attribuzione della legittimazione ad agire alla sola associazione non è diretta a escludere la legittimazione ad agire dei singoli. Essa è diretta a supplire alla carenza di un diritto soggettivo individuale e quindi al difetto della legittimazione ad agire in capo a essi, nei casi — come questi — in cui si è inteso anticipare la soglia di intervento della tutela giurisdizionale civile, rispetto al verificarsi della lesione o del pericolo di lesione del bene individuale.

Questo modello di tutela è indicato nella letteratura di diritto comparato come *Verbandsklage*, secondo l'espressione coniata nell'esperienza tedesca, che ha contribuito in maniera decisiva alla promozione di questo strumento, costituendo una fonte di ispirazione di studiosi e legislatori stranieri.

Normalmente si tratta di associazioni qualificate, che hanno ottenuto l'iscrizione in albi o registri, dopo aver superato un controllo sul loro statuto, la loro composizione ecc., da parte di organi della pubblica amministrazione, ma può trattarsi anche di associazioni che si rivelano in concreto idonee, sulla base delle loro risorse umane, materiali e finanziarie, a tutelare questi interessi.

L'azione delle associazioni si svolge sul piano stragiudiziale, oppure si indirizza a un provvedimento di tutela che ha tipicamente per contenuto un ordine di astenersi, previo l'accertamento della illiceità di una certa condotta del convenuto.

12. — *Attuazione del diritto oggettivo o diritti soggettivi collettivi?* — Nei casi *sub a2)*, in cui — si ripete — il bene protetto ha solo una dimensione superindividuale, lo studio della tutela collettiva è idoneo a provocare una rinnovata riflessione su molti aspetti del diritto sostanziale, del processo civile e dei loro rapporti reciproci: la selezione degli interessi umani meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico; la qualificazione degli interessi prevalenti in ipotesi di conflitto; l'individuazione delle attività umane dirette a soddisfarli; l'accesso alla tutela giurisdizionale civile e il rapporto tra questa e la tutela penale; il ruolo della pubblica amministrazione; le forme e le tecniche di tutela giurisdizionale, il ruolo dell'avvocatura ecc.

Si prospetta una prima alternativa.

(35) Per esempio, gli artt. 37 e 139 del Codice del consumo prevedono la legittimazione ad agire solo in capo alle associazioni.

Si può inquadrare il fenomeno della tutela collettiva di questo gruppo di interessi superindividuali come ipotesi di mera attuazione del diritto oggettivo (rispetto della correttezza nelle pratiche commerciali, rispetto delle norme di protezione dell'ambiente ecc.), affidata a presidi della società civile, che si affiancano alla pubblica amministrazione e all'apparato sanzionatorio penale.

Oppure si può teorizzare (ed è questa la soluzione preferibile) che, accanto a diritti soggettivi a beni suscettibili di appartenenza individuale, a diritti che quindi spettano a singoli individui, esistono non solo interessi, ma anche diritti soggettivi a beni non suscettibili di appartenenza individuale, cioè diritti soggettivi collettivi (36), di cui non possono affermarsi titolari i singoli, bensì può essere titolare solo una collettività più o meno determinata di soggetti.

Si può evocare un parallelo con una vicenda narrata dallo storico del diritto: l'emersione di «un altro modo di possedere», cioè delle forme di proprietà collettiva, emarginate in conseguenza del trionfo del paradigma della moderna proprietà individuale (37). Come l'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica italiana postunitaria è un elemento scomodo perché costringe il giurista a confrontarsi con un fenomeno difficilmente inquadrabile entro gli schemi concettuali della proprietà moderna, così l'emergere di situazioni giuridiche soggettive che non possono essere dedotte in giudizio dal singolo consumatore è un fenomeno a una prima impressione difficilmente comprensibile dal punto di vista del modello tradizionale di tutela giurisdizionale imperniato sulla deduzione in giudizio di una situazione giuridica soggettiva individuale.

Se questo è vero, l'art. 2, comma 2, del Codice del consumo (a parte il diritto alla salute) prevede delle situazioni giuridiche collettive, non individuali, che possono essere suscettibili di lesione o di pericolo di lesione attraverso condotte illecite che esplicano il loro effetto lesivo non nei confronti di sfere individuali di consumatori o utenti determinati, bensì nei confronti di una pluralità di soggetti tendenzialmente indeterminata.

13. — *Collettività come soggetto giuridico* — L'attribuzione agli enti esponenziali della legittimazione ad agire in giudizio a tutela degli interessi superindividuali non comporta necessariamente di attribuire la titolarità

(36) Per un'apertura in questa direzione nell'ordinamento italiano, v. Cass., Ss.Uu., 28 marzo 2006, n. 7036, in *Corr. giur.* 2006, 785, con nota di A. Di Majo, *I diritti soggettivi (collettivi) delle associazioni dei consumatori*.

(37) Cfr. P. Grossi, *Un altro modo di possedere: l'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977.

del diritto soggettivo collettivo direttamente in capo a essi. Su questo piano si può mettere a frutto la profondità di pensiero delle ricerche giovanili di un insigne studioso (38).

Se il soggetto giuridico è una fattispecie, se quindi ogni ordinamento individua i propri soggetti come vuole, se non si vuol fare un passo indietro in direzione della teoria dei diritti soggettivi senza soggetto, se non sembra congruo attribuire la titolarità del diritto soggettivo collettivo alle associazioni, poiché l'interesse protetto non è un interesse proprio delle associazioni in quanto tali, allora non vi è altra strada che costruire la collettività dei consumatori e degli utenti come soggetto giuridico e realizzare che tra le associazioni e la collettività corre non già un rapporto di legittimazione straordinaria, bensì di immedesimazione organica.

L'attribuzione esclusiva della legittimazione ad agire alle associazioni (secondo la ricostruzione preferita sarebbe in realtà una forma di capacità processuale) mantiene questa esperienza entro la cornice del processo a due parti. Cambia però lo scopo del processo civile, che vede come oggetto un diritto soggettivo della collettività dei consumatori (ad esempio, il diritto all'astensione dall'impiego di clausole vessatorie nelle condizioni generali di contratto).

In questo caso, lo scopo del processo civile non è evidentemente la tutela dei diritti soggettivi individuali, non è la pace giuridica, non è la (giusta) composizione della controversia, bensì è immediatamente l'attuazione delle norme giuridiche dirette alla regolazione del mercato, oppure alla tutela dell'ambiente o comunque alla tutela di beni che hanno una rilevanza superindividuale, che altrimenti non sarebbero giustiziabili nella prospettiva del processo civile come strumento di tutela dei diritti soggettivi individuali. È fuori luogo discorrere pertanto di restrizione della legittimazione ad agire dei singoli.

Colto da una prospettiva grandangolare, il panorama è quello di un processo civile che – assistito da idonei presidi di diritto sostanziale – assume (o meglio: dovrebbe assumere) uno spiccato profilo funzionale di regolazione concreta delle condotte sociali ed economiche collettive. Altre protagoniste di questo panorama sono poi le articolazioni della società civile che si vedono affidare, se si vuole, in una prospettiva di sussidiarietà, compiti attinenti alla promozione di attività di regolazione e di controllo, tradizionalmente affidate in Europa a organi amministrativi.

14. — *Interessi individuali «omogenei»* — Completamente diverso è il panorama che si dischiude nella seconda ipotesi *sub b)*, laddove tutela col-

(38) A. Falzea, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939.

lettiva designa la tutela di una pluralità di diritti individuali che proteggono interessi «omogenei», come accade nell'azione collettiva risarcitoria appena introdotta in Italia.

Non vi è una unica o unitaria condotta illecita che aggredisce il bene collettivo, bensì vi è una unica condotta illecita, ovvero più condotte illecite contestuali o parallele, che aggrediscono più beni individuali e quindi ledono diritti di cui sono titolari singoli individui.

A differenza dell'interesse superindividuale, l'interesse individuale omogeneo non è interesse verso un unico bene collettivo, non suscettibile di appropriazione e godimento esclusivi, bensì verso un bene individuale. Esso sorge dopo il verificarsi di un illecito plurioffensivo ed è tensione della volontà, propria in modo identico di più soggetti lesi, verso un bene individuale ristoratore.

La condotta lesiva provoca pertanto quella crisi di cooperazione, apprezzabile nel contesto di uno specifico rapporto intersoggettivo, che fornisce l'occasione del ricorso alla tutela giurisdizionale dei diritti da parte dei singoli individui. Essi affermano in giudizio la lesione (il pericolo di lesione, la contestazione) di un proprio diritto, per chiederne il ristoro.

Esempi: il fatto dannoso fonte di responsabilità nei confronti di più soggetti; la clausola vessatoria inserita in contratti stipulati da più consumatori o utenti mediante moduli o formulari; la pratica commerciale ingannevole o aggressiva che ha condotto parimenti alla conclusione di contratti da parte di più consumatori. Dall'illecito sorgono diritti al risarcimento o alle restituzioni, connessi dall'identità delle questioni da risolvere per accertare la loro esistenza o dall'identità del fatto costitutivo.

15. — *Azioni seriali* — In caso di contestuali iniziative processuali, si hanno le cd. azioni seriali, rientranti tradizionalmente entro lo schema del litisconsorzio facoltativo proprio e improprio (art. 103 cod. proc. civ.).

Esempi: più consumatori agiscono (o più frequentemente eccepiscono) in giudizio la nullità delle clausole vessatorie inserite nei concreti contratti da loro stipulati e chiedono il risarcimento del danno o la restituzione delle somme. Più consumatori fanno valere in giudizio la scorrettezza delle pratiche commerciali che li hanno identicamente indotti a stipulare i contratti e chiedono il risarcimento del danno o la restituzione delle somme.

Nel settore degli interessi individuali omogenei, le questioni affrontate, pur di notevole importanza pratica, hanno un impatto sistematico più modesto rispetto a quelle suscitate dalla tutela degli interessi superindividuali.

In primo luogo, non è in discussione l'ordinaria legittimazione ad agire in capo a ciascuno dei soggetti lesi. Sarebbe fuori luogo aggiungere che

si tratta di legittimazione disgiunta, poiché non siamo nel campo delle obbligazioni indivisibili o solidali. Non si tratta di una unica prestazione, bensì si tratta di tante prestazioni risarcitorie o restitutorie quanti sono i soggetti lesi.

In secondo luogo, si tratta di dare un'adeguata disciplina dello svolgimento del processo litisconsortile, a cominciare dalla pubblicità dell'atto introduttivo del giudizio, per finire con la efficacia e stabilità dei provvedimenti di tutela.

16. — *Ruolo dell'avvocato e ruolo del giudice* — La maggiore dimensione quantitativa del fenomeno delle azioni seriali rispetto al passato sollecita almeno due notevoli cambiamenti.

Il primo riguarda la definizione del ruolo dell'avvocatura, accanto a quello delle associazioni dei consumatori, come possibile fattore di catalizzazione e di aggregazione della difesa degli interessi collettivi, che costituisce uno dei nodi centrali dell'intera materia della tutela collettiva.

L'efficienza dei rimedi giurisdizionali diretti a tutelare gli interessi individuali omogenei non dipende infatti unicamente da un adeguato atteggiarsi della disciplina processuale, bensì anche dal talento organizzativo di studi legali, i quali, agevolati da una determinazione del proprio onorario commisurata al risultato, sappiano proiettarsi in questa nuova dimensione della attività professionale, nonché dalla capacità del giudice di accertare in sede di giudizio di ammissibilità — per così dire — la «sana e robusta costituzione» dell'iniziativa collettiva.

17. — *Canone di proporzionalità* — Il secondo riguarda la necessità di elaborare dei concetti in grado di trovare un punto di equilibrio tra la realizzazione delle garanzie individuali nel singolo processo e le esigenze organizzative delle risorse dell'amministrazione della giustizia, che hanno a oggetto la gestione dell'insieme dei processi.

Questi concetti possono rivelarsi utili per orientare la soluzione di una serie di problemi.

Se si intende percorrere con cautela questa strada, entra in gioco quel canone di proporzionalità, efficacemente scolpito nell'art. 1 delle *Rules of civil procedure* inglesi, laddove si spiega che trattare una causa secondo giustizia include, per quanto sia praticabile, tra l'altro: «attribuire a essa una quota appropriata delle risorse del giudice, tenendo conto della necessità di riservare le risorse agli altri casi». Così inteso, il principio di proporzionalità può essere ambientato nell'esperienza processuale italiana come un risvolto del valore costituzionale della efficienza nella disci-

plina del processo, che si desume dall'affermazione della sua ragionevole durata (art. 111, comma 2, Cost.) (39).

In questo quadro rilevano valutazioni di efficienza, che sono per definizione diverse da un ordinamento all'altro, e diverse all'interno dello stesso ordinamento nel corso del tempo, poiché muovono dalla considerazione dello stato delle risorse dell'amministrazione della giustizia in un certo ordinamento, in un dato momento storico.

Ad esempio, il canone di proporzionalità nell'impiego delle risorse suggerisce di configurare la disciplina delle cause seriali di massa all'esito di un bilanciamento di valori costituzionali, che colloca su un piatto della bilancia le garanzie costituzionali che sorreggono il modello tradizionale di tutela giurisdizionale dei diritti nel singolo processo (in particolare, effettività della tutela, contraddittorio), e sull'altro piatto l'efficienza dell'amministrazione della giustizia, che sorregge la tutela giurisdizionale dei diritti nell'insieme dei processi o in una classe di essi.

18. — *Osservazioni conclusive* — Alcune osservazioni conclusive. Nato come strumento idoneo a proteggere il nuovo individuo borghese e la sua libertà economica, il processo civile ha saputo aprirsi verso la tutela di diritti a dimensione collettiva, come sono i diritti sociali. Ma la marcia è ben lungi dall'essere compiuta, specialmente nell'ordinamento italiano, come dimostra — tra l'altro — il ristretto campo di impiego e l'applicazione a rilento dell'azione collettiva risarcitoria di cui all'art. 140-bis del Codice del consumo. Sono convinto che questa marcia dovrebbe puntare con maggiore decisione verso la *class action* secondo il modello statunitense.

Certamente la comparazione tra ordinamento statunitense e ordinamenti europei attesta che varia considerevolmente il grado in cui il perseguimento di importanti obiettivi di politica pubblica è affidato al sistema della giustizia civile (40). Nell'ordinamento statunitense il vigoroso sistema di contenzioso civile collettivo imperniato sulle *class action* può controbilanciare il minore impatto dell'attività governativa e amministrativa di regolazione e di controllo in certi settori. In altri termini, negli Stati Uniti il sistema della giustizia civile è considerato come un importante elemento di regolazione delle condotte sociali ed economiche, non-

(39) Per un più ampio discorso sul punto, v. R. Caponi, *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, pp. 389 ss.

(40) Cosl, P.L. Murray, R. Stürner, *German Civil Justice*, Durham, 2004, p. 572.

ché frequentemente come unico strumento di compensazione dei pregiudizi economici subiti in conseguenza di incidenti.

Viceversa, negli ordinamenti europei, la maggiore attività di regolazione e di controllo pubblici, ad esempio nel settore della protezione del consumatore nei confronti dei prodotti difettosi, può ridurre il bisogno di attivare la leva delle iniziative giudiziarie private per conseguire gli stessi obiettivi di politica pubblica. Peraltro, la comparazione tra i paesi europei non può fermarsi all'analisi degli assetti normativi, ma deve esaminare evidentemente il difforme livello di efficienza degli apparati amministrativi e giudiziari, la variegata serietà e robustezza delle articolazioni della società civile, il diverso grado di consapevolezza dei propri diritti da parte dei cittadini dei diversi paesi. Pertanto possono essere molto differenti da un ordinamento all'altro non solo il bisogno, ma anche la possibilità concreta, di ricorrere all'iniziativa giudiziaria privata (piuttosto che all'attività amministrativa o alla tutela penale) per la tutela effettiva ed efficiente degli interessi collettivi.

In ogni caso, la funzione di regolazione e di controllo delle condotte sociali ed economiche che incidono non solo sugli interessi superindividuali, ma anche sugli interessi individuali omogenei, altrove ascritta alle *class action*, è indeclinabile nei sistemi sociali contemporanei. Se rinunciassimo a realizzarla attraverso il processo civile, dovremmo potenziare e/o rendere finalmente effettivi i controlli affidati alle istituzioni pubbliche.